

GALLEGUILLOS, Sebastián, “Recensión: CARNEVALI, Raúl (Coord.), *Derecho, sanción y justicia penal*, Montevideo, Buenos Aires: BdeF, Estudios y Debates en Derecho Penal dirigida por Silva Sánchez, J. M., 2017, 490 páginas.”  
*Polít. crim.* Vol. 12, Nº 23 (Julio 2017), Rec. 2, pp. 616 – 621.  
[[http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_12/n\\_23/Vol12N23R2.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_23/Vol12N23R2.pdf)]

**Recensión: CARNEVALI, Raúl, (Coord.) *Derecho, sanción y justicia penal***, Montevideo, Buenos Aires: BdeF, Estudios y Debates en Derecho Penal dirigida por Silva Sánchez, J. M., 2017, 490 páginas

**Review: CARNEVALI, Raúl, (Coord.) *Derecho, sanción y justicia penal***, Montevideo, Buenos Aires: BdeF, Estudios y Debates en Derecho Penal directed by Silva Sánchez, J. M., 2017, 490 pages

Sebastián Galleguillos Agurto\*

*Derecho, sanción y justicia penal* corresponde a una obra colectiva coordinada por Raúl Carnevali, la que agrupa una serie de artículos cuyos orígenes se encuentran en las Terceras Jornadas Internacionales de los discípulos del profesor Jesús María Silva-Sánchez. Este encuentro fue llevado a cabo en la Universidad de Talca durante diciembre del año 2014, simbolizando su publicación –tal como lo indica el coordinador en la presentación– como un sentido homenaje por parte de sus discípulos a su maestro.

Replicando la transversalidad temática que ha abarcado la carrera investigadora de Silva-Sánchez, el libro se estructura en base a cinco apartados: Fundamentos de Derecho Penal; Parte General; Derecho penal administrativo; Derecho penal internacional y globalización, y Filosofía del Derecho<sup>1</sup>. Cada uno de los capítulos se compone de un artículo principal, seguido de una serie de textos que se abocan a comentar las posturas desarrolladas en estos, dinámica que a su vez permite contrastar las diversas perspectivas de los autores sobre tópicos específicos.

Debido a que el estudio se compone de diecisiete trabajos, me limitaré a comentar dos apartados en particular, siendo seleccionados los acápites sobre Derecho Penal Administrativo y Filosofía del Derecho, teniendo en consideración tanto la relevancia que estos revisten para la discusión científica nacional como también ciertos intereses propios.

## 1. Derecho Penal Administrativo.

El capítulo lo inaugura el artículo “El principio de taxatividad en el Derecho penal administrativo” de María Soledad Krause. De entrada, con el título del manuscrito la autora

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Investigador del Centro de Estudios de Derecho Penal, Universidad de Talca. [sgalleguillos@utalca.cl](mailto:sgalleguillos@utalca.cl)

<sup>1</sup> Los artículos tienen como autores a los profesores Juan Pablo Montiel, Pablo Sánchez-Ostiz, Mateo Bermejo, Shikara Vásquez, Ricardo Robles Planas, Omar Palermo, Eduardo Riggi, Juan Pablo Cox, Ramón Ragués, María Soledad Krause, Carlos González Guerra, Nuria Pastor, Raúl Carnevali, José Agustina, Iñigo Ortiz de Urbina, Juan Ignacio Piña y Guillermo Yacobucci.

GALLEGUILLOS, Sebastián, “Recensión: CARNEVALI, Raúl (Coord.), *Derecho, sanción y justicia penal*, Montevideo, Buenos Aires: BdeF, Estudios y Debates en Derecho Penal dirigida por Silva Sánchez, J. M., 2017, 490 páginas.”

afirma la pertenencia de esta parcela sancionadora al derecho penal. Dicha aseveración, por cierto, no resulta pacífica considerando que tradicionalmente se habla más bien de *derecho administrativo sancionador* que como una rama propia de las ciencias penales. Al respecto, Krause justifica su postura partiendo de la base que hoy en día “sus manifestaciones en el sistema jurídico vigente *se acercan mucho más a lo penal que lo administrativo*, en extensión y entidad<sup>2</sup>”. La autora se cuestiona incluso que la intervención de este mecanismo sancionador pueda llegar a ser más grave que el proveniente del Derecho penal. Para interrogarse lo anterior, Krause toma en consideración la gravedad de las sanciones que se imponen, las técnicas de investigación que ostentan algunos órganos, así como también los mecanismos creados para fortalecer la investigación<sup>3</sup>. En este marco donde tampoco existen las garantías en favor del imputado, tiene sentido cuestionarse sobre la gravedad de la intervención del derecho penal administrativo.

La asunción de que se está frente a un Derecho penal administrativo no resulta menor, ya que el corolario de dicha toma de postura es que se le aplique una lógica y estructura penal a estos procesos. Krause advierte que la decisión de optar por la terminología de derecho penal administrativo no solo importa una elección vinculada a la caracterización del fenómeno, sino que también resulta necesario como condición indispensable para su legitimidad<sup>4</sup>.

En este contexto, la autora revisa la aplicación del principio de taxatividad en asuntos propios del derecho penal administrativo. La tesis de Krause es que el principio de taxatividad en derecho penal administrativo recibe aplicación de una manera diversa –pero funcionalmente equivalente– a la que opera en materia penal. Así, Krause sostiene que:

“la garantía de certeza en el contenido del injusto no es ofrecida por medio de una regla general y abstracta, previa y suficientemente precisada, que describa la conducta conminada bajo sanción; sino que a *posteriori*, a través de instituciones que operan en la etapa de aplicación del derecho<sup>5</sup>”.

Dentro de estas instituciones se encontraría: a) Relación de sujeción-especial; b) Interpretación obligatoria; c) El principio de protección de la seguridad jurídica (confianza legítima), y d) Otros complementos adicionales<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> KRAUSE, María Soledad, “El principio de taxatividad en el Derecho penal administrativo”, en: CARNEVALI, Raúl, (Coord.), *Derecho, sanción y justicia penal*, Estudios y Debates en Derecho Penal dirigida por Silva Sánchez, J. M., Montevideo, Buenos Aires, 2017, p. 225.

<sup>3</sup> KRAUSE, “El principio de taxatividad”, cit. nota n° 2, p.224.

<sup>4</sup> KRAUSE, “El principio de taxatividad”, cit. nota n° 2, p. 225.

<sup>5</sup> KRAUSE, “El principio de taxatividad”, cit. nota n° 2, p. 222.

<sup>6</sup> Sobre la operatividad en concreto de cada una de estas instituciones, véase KRAUSE, “El principio de taxatividad”, cit. nota n° 2, pp. 244 y ss.

Para comprender la configuración del principio de taxatividad bajo las particularidades del Derecho penal administrativo, la autora sostiene que no debe recurrirse a los mecanismos mediante los cuales se afirma su vigencia, certeza y determinación por medio de fuentes legales, sino que más bien debe identificarse cuáles son los elementos claves que determinan sus fines: certeza, seguridad jurídica y límites al *ius puniendi*. Considerando lo anterior, es posible entender que el principio de taxatividad opera de forma *funcionalmente equivalente* por medio de las instituciones antedichas. Con todo, Krause advierte que esta equivalencia funcional (“matices”) no implica una mayor laxitud al momento de recibir aplicación el principio, variando solo la forma en que se exhibe, sin afectar el alcance o entidad de dicho límite respecto a la actividad estatal<sup>7</sup>.

Como comentario al texto de María Soledad Krause, Carlos González Guerra presenta el artículo “El principio de taxatividad en el Derecho Penal administrativo. Algunas reflexiones a la luz de la nueva legalidad penal”. El autor si bien no controvierte la terminología empleada de Derecho penal administrativo, advierte que la cuestión central pasa por determinar los “grados de flexibilización del principio de legalidad en los marcos intermedios del Derecho penal y el derecho administrativo<sup>8</sup>”.

A propósito de la aplicación de principios, garantías y reglas, González Guerra destaca que resulta necesario distinguir el contexto que envuelve el derecho administrativo nuclear del derecho penal nuclear. Así, mediante una referencia jurisprudencial, el autor da cuenta sobre cómo resultaría excesivo exigir la aplicación del principio de legalidad en el marco del derecho administrativo nuclear, partiendo de la consideración que son contextos jurídicos diferentes, y por ende, los objetivos perseguidos son también diversos. A juicio de Guerra, el Derecho administrativo nuclear estaría destinado al logro del bien común, mientras que el Derecho penal nuclear tendría funciones preventivas<sup>9</sup>.

Los términos en que se plantea la discusión resultan de sumo interés teniendo en cuenta el actual panorama judicial chileno, en donde una porción de casos relevantes mediáticamente, son abarcados por el Derecho penal administrativo, caracterizándose por constituir eventos jurídica y epistemológicamente complejos. Así, desde hechos constitutivos del –hoy en día vigente– delito de colusión, hasta problemáticas vinculadas al medioambiente son tratadas mediante esta parcela del *ius puniendi*. El debate sobre los principios que resultan aplicables –y en qué medida–, también permite abrir la interrogante sobre las garantías y reglas que operan (o debiesen operar) en el derecho penal administrativo.

---

<sup>7</sup> KRAUSE, “El principio de taxatividad”, cit. nota n° 2, p. 226.

<sup>8</sup> GONZÁLEZ GUERRA, Carlos, “El principio de taxatividad en el Derecho penal administrativo. Algunas reflexiones a la luz de la nueva legalidad penal”, en: CARNEVALI, Raúl, (Coord.), *Derecho, sanción y justicia penal*, Estudios y Debates en Derecho Penal dirigida por Silva Sánchez, J. M., Montevideo, Buenos Aires, 2017, p. 274.

<sup>9</sup> GONZÁLEZ GUERRA, “El principio de taxatividad”, cit. nota n° 8, p. 273.

GALLEGUILLOS, Sebastián, “Recensión: CARNEVALI, Raúl (Coord.), *Derecho, sanción y justicia penal*, Montevideo, Buenos Aires: BdeF, Estudios y Debates en Derecho Penal dirigida por Silva Sánchez, J. M., 2017, 490 páginas.”

En este sentido, surge el cuestionamiento sobre la aplicación de reglas fundamentales para la configuración del proceso penal tradicional, como lo son la aplicación de la regla de presunción de inocencia o el estándar de prueba aplicable. Así, la aplicación binaria de reglas puede resultar aún más problemática a diferencia de los principios, que, como mandatos de optimización, son susceptibles de ser ponderados y aplicados con “matices” utilizando la terminología de Krause. Al respecto, resulta relevante cuestionarse cuál es el estándar condenatorio aplicable en el marco del derecho penal administrativo: ¿Más allá de toda duda razonable como se exige en conformidad al Código Procesal Penal? ¿Preponderancia de la prueba como se estima que rige en materias civiles? ¿Se requiere un estándar probatorio distinto a los anteriores? Una vez definido lo anterior cabe preguntarse si se exige o no el mismo baremo en todas las áreas que vienen a conformar esta parcela miscelánea del derecho penal administrativo.

Por otro lado, aparece la interrogante sobre la aplicación de la regla de presunción de inocencia. ¿Aplica dicha regla en materias de derecho penal administrativo? Y de ser lo anterior cierto ¿Que proyecciones posee esta? ¿Se diferencia de las implicancias que esta tienen en materia penal?

Las preguntas formuladas abren el camino hacia una discusión sobre el estándar que se exige para dar por acreditados hechos en el marco de un juicio en derecho penal administrativo y las reglas que van a regir la tramitación de dichos procesos. La pregunta sobre el estándar probatorio se encuentra vinculada a los intereses que se estime que hay en juego. Esto, por cierto, exige una caracterización de lo que se entiende que constituye el Derecho penal administrativo.

## **2. Filosofía del Derecho.**

El apartado se inaugura con el texto de Iñigo Ortiz de Urbina titulado “¿Consecuencialismo sin consecuencias? ¿Deontología sin merecimiento? Acerca de algunas aporías de la teoría de la pena en el Derecho penal continental.”. A modo de introducción, Ortiz de Urbina describe el panorama que actualmente domina el Derecho penal continental sobre la discusión relativa a las teorías de las penas, existiendo una visión dicotómica entre las visiones retributivas y preventivas, que a su vez, se corresponde con el entendimiento binario entre las éticas normativas deontológicas y consecuencialistas. Luego de exponer el esquema argumentativo prototípico de la manualística de la tradición jurídico-penal continental<sup>10</sup>, el autor da cuenta de que la posición mayoritaria asume una posición consecuencialista como fundamento, reconociendo a su vez que existen límites deontológicos al momento de imponer la pena. Ortiz de Urbina a lo largo del texto

---

<sup>10</sup> ORTIZ DE URBINA, Iñigo, “¿Consecuencialismo sin consecuencias? ¿Deontología sin merecimiento? Acerca de algunas aporías de la teoría de la pena en el Derecho penal continental”, en: CARNEVALI, Raúl, (Coord.), *Derecho, sanción y justicia penal*, Estudios y Debates en Derecho Penal dirigida por Silva Sánchez, J. M., Montevideo, Buenos Aires, 2017, véase pp. 421-422.

argumenta por qué a su juicio este modelo sería por un lado incompleto, y por otro, incoherente.

La incompletitud se explica por la ausencia de referencias a las investigaciones empíricas que existen sobre la teoría de la prevención. En relación esta omisión, Ortiz de Urbina advierte los excesos que podría producir la justificación preventiva, convirtiéndose en “un cheque en blanco para la política criminal efectivamente llevada a cabo, que resultaría siempre justificada mediante la apelación a unos efectos cuya existencia, exigida por la teoría, en la realidad se presupone, sin comprobarse<sup>11</sup>”.

La incoherencia se configura por la remisión a referencias axiológicas como límite de la pena, sin embargo, tal como indica el autor “ello se hace sin al tiempo otorgar al merecimiento papel alguno en la fundamentación de la pena<sup>12</sup>”. En este sentido, el Ortiz de Urbina apunta que no existen justificaciones que den cuenta de por qué la culpabilidad opera fundamentalmente al momento de limitar la pena pero no a la hora de fundamentarla<sup>13</sup>. Distanciándose de la opinión mayoritaria, el investigador español afirma que el principio de culpabilidad requiere el concepto de merecimiento, el que debe tener una función fundamentadora y a la vez limitadora.

Ortiz de Urbina finalmente concluye que la deontología sin merecimiento es desde luego posible, haciendo referencia en el último apartado del texto a la teoría penal angloamericana para ilustrar la errónea asociación del rol fundamentador del merecimiento con la obligación de imponer la sanción en caso de acreditarse tal merecimiento<sup>14</sup>.

Como comentario del texto de Ortiz de Urbina, Juan Ignacio Piña presenta su texto “Consecuencias de las consecuencias y aporías de las aporías”. El autor chileno da comienzo a su manuscrito haciendo referencia a la objeción relativa a la incompletitud del modelo indicada por Ortiz de Urbina. Al respecto, Piña sostiene que resulta posible que ciertas raíces de las variables hayan influido en la desatención alegada. A juicio de Piña, en relación a la prevención general- tanto en su variable negativa como positiva- sus raíces podrían explicar dicha desatención, lo que no ocurriría, empero, con la prevención especial positiva.

Sobre las implicancias del modelo consecuencialista, Piña sostiene que habría que distinguir entre: (1) la anticipación de determinadas consecuencias dentro de una selección

---

<sup>11</sup> ORTIZ DE URBINA, “¿Consecuencialismo sin consecuencias?”, cit. nota n° 10, p. 425.

<sup>12</sup> ORTIZ DE URBINA, “¿Consecuencialismo sin consecuencias?”, cit. nota n° 10, p. 422.

<sup>13</sup> “Cuando se afirma que al imponer la pena no se puede ir más allá de la culpabilidad del condenado, se está al tiempo afirmando que tal culpabilidad existe, toda vez que, en caso contrario, nunca podríamos decir que una pena va más allá de ella. Y, si existe para limitar, no pudiendo ser rebasada, resulta incoherente decir que no existe también antes de alcanzar dicho límite” (ORTIZ DE URBINA, “¿Consecuencialismo sin consecuencias?”, cit. nota n°10, p. 430).

<sup>14</sup> Sobre este apartado, véase ORTIZ DE URBINA, “¿Consecuencialismo sin consecuencias?”, cit. nota n° 10, pp. 434-444.

GALLEGUILLOS, Sebastián, “Recensión: CARNEVALI, Raúl (Coord.), *Derecho, sanción y justicia penal*, Montevideo, Buenos Aires: BdeF, Estudios y Debates en Derecho Penal dirigida por Silva Sánchez, J. M., 2017, 490 páginas.”

posible (2) la selección para conseguir o evitar dichas consecuencias y (3) la evaluación del efectivo logro (o evitación) de dichas consecuencias<sup>15</sup>. El autor sostiene que la problematización de Iñigo Ortiz se encontraría en un tercer nivel, siendo que a su juicio el problema más relevante que presente el modelo se encontraría en el primero de estos. Así, sostiene que hay que dar un paso atrás y “no observar las consecuencias, sino la forma de selección de estas por el sistema”<sup>16</sup>. En este sentido, el punto más problemático se encuentra vinculado a establecer qué consecuencias son las buscadas por el modelo.

Ejemplificando las consecuencias de una sanción privativa de libertad, Piña da cuenta de todos los efectos que podría acarrear el someter a una persona a la pena de cárcel<sup>17</sup>. Dentro de la selección de consecuencias en aquel vasto universo, Piña sostiene que se hallaría la principal dificultad lógica de este ámbito: “Y ésta es la máxima aporía que tiene un modelo consecuencialista, porque probablemente el único criterio plausible para hacer esa selección sea también consecuencialista<sup>18</sup>”. Finalizando su exposición, Piña propone explorar la posibilidad de establecer el merecimiento como criterio de selección de consecuencias, vinculándolo a esta necesidad de seleccionar consecuencias preventivas<sup>19</sup>.

La discusión sostenida por ambos autores, y complementada en parte por la contribución de Guillermo Yacobucci titulada “El merecimiento dentro de la semántica de la retribución” viene a problematizar la correspondencia necesaria entre una determinada racionalidad y una ética normativa específica. La posibilidad ofrecida por Piña de utilizar como fundamento el merecimiento como parámetro para determinar las consecuencias preventivas resulta un interesante intento por compatibilizar y sacarle rendimiento a ambas racionalidades. Sin embargo, aún resulta necesario dejar en claro la operatividad de la fórmula, considerando que los criterios preventivos podrían –en atención a razones utilitarias– dejar sin efecto las consecuencias previamente definidas en atención por el merecimiento.

Por último, cabe destacar que la referencia a la literatura anglosajona en esta materia viene a confirmar que el sometimiento a racionalidad de los argumentos puede ser una práctica universal –con criterios previamente definidos– con independencia de cuál fuese la tradición jurídico-penal de donde provenga. Aquello, es, sin duda, el elemento transversal que inspira la obra *Derecho, sanción y justicia penal*.

---

<sup>15</sup> PIÑA, Juan Ignacio, “Consecuencias de las consecuencias y aporías de las aporías”, en: CARNEVALI, Raúl, (Coord.), *Derecho, sanción y justicia penal*, Estudios y Debates en Derecho Penal dirigida por Silva Sánchez, J. M., Montevideo, Buenos Aires, 2017, p. 449.

<sup>16</sup> PIÑA, “Consecuencias de las consecuencias”, cit. nota n° 15, p. 450.

<sup>17</sup> Al respecto, PIÑA, “Consecuencias de las consecuencias”, cit. nota n° 15, p. 451.

<sup>18</sup> PIÑA, “Consecuencias de las consecuencias”, cit. nota n° 15, pp. 451-452.

<sup>19</sup> “El fundamento de la pena entonces está dado por un merecimiento, pero que no opera sólo internamente sino que sale de sí para cumplir una función de determinación de las consecuencias relevantes para efectos preventivos”. (PIÑA, “Consecuencias de las consecuencias”, cit. nota n° 15, p. 456). En dicho sentido, el merecimiento “informa” las necesidades preventivas.